

Stato di detenzione e libertà di cura

*Marta Mengozzi**

DETENTION AND HEALTH FREEDOM

ABSTRACT: The essay analyzes the relation between state of detention and constitutional rights linked to health, focusing on the ones that can be recognized as rights of freedom: the claim that no one could prejudice other's health, but also freedom of therapy, that includes either freedom from obligatory treatments either the possibility to choose between different possible therapies, doctors and treatment centers. Each of these aspects shows, for persons restricted in their personal freedom, many problematic profiles that are examined. To cope with these, sector operators are called to particular and special efforts, in order to made real and concrete the recognition of constitutional rights to restricted persons.

KEYWORDS: Right to health; freedom of therapy; detention; constitutional right's effectiveness; informed consent

ABSTRACT: Il saggio analizza il rapporto tra lo stato di detenzione e i diritti costituzionali legati alla sfera della salute, soffermandosi in particolare su quelli inquadrabili come diritti di libertà: la pretesa che nessuno arrechi pregiudizio alla propria salute, ma anche la libertà di cura, la quale a sua volta comprende sia la libertà da trattamenti sanitari obbligatori, sia la possibilità di scelta tra terapie, medici e luoghi di cura. Ognuno di questi aspetti presenta, per chi si trova in condizioni di restrizione della libertà personale, molti profili problematici – che vengono passati in rassegna – per affrontare i quali gli operatori del settore sono chiamati a un'attenzione e ad uno sforzo particolari, allo scopo di rendere effettivo e concreto il riconoscimento dei diritti costituzionali anche in capo alle persone ristrette.

PAROLE CHIAVE: Diritto alla salute; libertà di cura; detenzione; effettività dei diritti; consenso informato

SOMMARIO: 1. La libertà di salute e lo stato di detenzione: un insanabile contrasto? – 2. La libertà da trattamenti sanitari non voluti – 3. I trattamenti sanitari coercitivi – 4. Il consenso informato e la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico – 5. Lo sciopero della fame e gli atti autolesivi e suicidari – 6. La libertà di scelta terapeutica e del medico. – 7. Brevi note conclusive.

* *Professoressa associata di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Roma Tor Vergata. Mail: marta.mengozzi@uniroma2.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

1. La libertà di salute e lo stato di detenzione: un insanabile contrasto?

Salute e carcere sono due concetti in qualche modo antinomici. La detenzione, sebbene storicamente si affermi come pena che intende superare quelle corporali, resta comunque una misura che agisce direttamente sulla dimensione fisica della persona¹, finendo per determinare sofferenze e alterazioni².

Le condizioni di vita ristrette – che comportano, tra l'altro, limitata possibilità di movimento, condizioni igieniche spesso precarie, vitto non sempre adeguato alle esigenze, convivenza forzata con una comunità ampia di persone – sono infatti tali da mettere di per sé a rischio perfino la salute intesa nella ristretta accezione, superata da decenni, di mera “assenza di malattie”. Ma il contrasto risulta ancora più evidente e radicale se consideriamo la nozione positivamente accolta nel nostro ordinamento, riprendendo la nota impostazione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, quale «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale»³.

Il corpo del ristretto è posto in una condizione di soggezione a una «istituzione totale»⁴ che implica stigma sociale e impone noia, isolamento e deprivazione identitaria, negazione della sessualità e dell'intimità, tutti elementi che minano alla radice la condizione di «benessere», ponendosi viceversa come fonti di un «vero e proprio distress»⁵. E ulteriori fattori di incidenza sulla salute emergono se si considera che in essa è ricompresa, secondo l'OMS, la possibilità «da un lato, [di] realizzare le proprie

¹ Cfr. D. GONIN, *Il corpo incarcerato*, Torino, 1994, nel quale si dà conto di uno studio condotto da un gruppo di ricerca medico in Francia, alla fine degli anni ottanta del secolo scorso, per incarico del Ministero della giustizia sulla relazione tra le condizioni di vita in carcere e il manifestarsi o l'aggravarsi delle patologie più comuni in quel contesto (ivi, 12); R. DE MARIA, “Istituzione totale” carcere e salute. *Il detenuto come “disabile sociale”*, in *Rivista italiana dell'Amministrazione*, 4, 2015, 5 ss. Cfr. M. PAVARINI, *Introduzione. La banalità della pena*, in D. GONIN, *Il corpo incarcerato*, cit., 7, per l'affermazione del paradosso per cui la pena della privazione della libertà nasce come sofferenza «qualitativamente opposta a quella intenzionalmente corporale» volta piuttosto per colpire l'anima, ma nella sua concretezza rimane spesso «strazio delle carni e delle membra del giustiziato». Già il noto studio di M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, 1975, ed. it. Torino, 2014, 18 s. evidenzia che la privazione della libertà comporta anche, sempre, una certa misura di sofferenza fisica.

² Cfr. ancora D. GONIN, *Il corpo incarcerato*, cit., per esempi di trasformazione dei sensi e del mondo delle sensazioni, malattie della pelle determinate o esasperate dalle condizioni emotive ed altro.

³ La dicitura risulta positivamente accolta nel nostro ordinamento nell'art. 2, lett. o), del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, ove il termine “salute” è definito come «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un'assenza di malattia o d'infermità». Come si è accennato nel testo, ci si rifà ad un concetto già da tempo presente nell'ordinamento, in quanto contenuto nell'atto costitutivo dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, sottoscritto il 22 luglio del 1946, ratificato in Italia con d.lgs.C.P.S. 4 marzo del 1947, n. 1068 ed entrato in vigore, nell'ordinamento internazionale, il 7 aprile 1948. Anche in dottrina l'adozione di tale nozione di salute è da tempo, dopo alcune incertezze nei primi due decenni di storia repubblicana, sostanzialmente unanime: cfr., tra gli altri, B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e Società*, 1983, 21 ss.; M. LUCIANI, *Salute, I) Diritto alla salute - dir. cost.*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, 6; D. MORANA, *La salute nella costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, 15 ss. Sugli sviluppi più recenti della nozione, cfr. R. BALDUZZI, *La medicina oltre la cura*, in *questa Rivista*, Special Issue 2. 2019, 379 ss. D. MORANA, *Prima e dopo la cura: nuove dimensioni nella tutela della salute*, ivi, 393 ss.

⁴ E. GOFFMAN, *Asylum. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Torino, 2001 (I ed. 1961).

⁵ Così R. DE MARIA, “Istituzione totale” carcere e salute, cit., 22 s., che usa il termine per identificare una situazione di avversità e difficoltà nociva e, dunque, negativa, distinguendola dalla stimolazione fisiologica positiva che potrebbe rientrare nel più comune concetto di “stress”. Cfr. ivi, 18 ss. anche per ulteriori interessanti considerazioni sul rapporto del detenuto con la sua dimensione corporea, come fattore dell'identità personale.

ambizioni e soddisfare i propri bisogni e, dall'altro, [di] evolversi con l'ambiente o adattarsi a questo»⁶ e, dunque, di un certo grado di autodeterminazione e di autonomia individuale⁷: tutti aspetti che la detenzione limita fortemente.

Non può, dunque, stupire che salute e sicurezza siano descritte come «un binomio complesso»⁸, che pone interrogativi di non poco conto dal punto di vista costituzionale, per la difficoltà di definirne i relativi rapporti.

Da un lato, infatti, la salute è un diritto “fondamentale” e, dunque, secondo le impostazioni più attente a valorizzare le specificità del testo costituzionale, destinato a essere preferito anche rispetto ad altri interessi tutelati da norme di pari rango⁹; dall'altro, non vi è tuttavia dubbio che la Carta medesima prevede esplicitamente la possibile privazione della libertà personale nelle forme della detenzione.

A fronte di tale contraddizione, taluno in dottrina ha proposto l'opportunità di adottare rispetto a chi è sottoposto a misure detentive una nozione più limitata di salute, come «condizione di chi non necessita cure mediche»¹⁰ per renderla in qualche modo più determinata e giustiziabile.

⁶ In questi termini la Carta di Ottawa, adottata nell'ambito dell'OMS il 21 novembre 1986.

⁷ Cfr. ancora R. DE MARIA, *“Istituzione totale” carcere e salute*, cit., 34.

⁸ A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in ID. (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, Roma 2017, 23 ss.

⁹ Per questa impostazione, v. soprattutto P. GROSSI, *Diritti fondamentali e diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, in ID., *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Padova, 2008, 6 ss.; D. MORANA, *I rapporti tra Parlamento e Corte costituzionale nella garanzia dei diritti sociali*, in *Amministrazione in Cammino*, 2015, 11 ss.; ID., *Sulla fundamentalità perduta (e forse ritrovata) del diritto e dell'interesse alla salute: metamorfosi di una garanzia costituzionale, dal caso Ilva ai tempi della pandemia*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, giurcost.org, 30 aprile 2020, 6 ss.; ID., *Il diritto fondamentale alla salute nel balancing test: spunti dalla giurisprudenza costituzionale sul caso ILVA*, in M. DI FOLCO-M. MENGOZZI (a cura di), *La salute nelle valutazioni di impatto ambientale*, Napoli, 2020, 77 ss. È peraltro ben noto che non si tratta affatto di un'impostazione univoca e che, anzi, la giurisprudenza costituzionale si è, per lo più, indirizzata in senso contrario; in particolare, con la sentenza n. 85 del 2013, ha in effetti esplicitamente rigettato l'idea di una gerarchia rigida tra diritti fondamentali (riferendo tale aggettivo sostanzialmente a tutti i diritti costituzionali), sottolineando che nessuno di essi può divenire “tiranno” rispetto agli altri, ma che si trovano tutti in un rapporto di integrazione reciproca che rende comunque necessario salvaguardare il “nucleo essenziale” di ciascuno (punto 9 del Considerato in diritto; cfr. *infra*, nota 17). Anche in dottrina, il significato dell'aggettivo «fondamentale» è piuttosto controverso: ne dà, ad esempio, una lettura che lo identifica sostanzialmente con «inviolabile» M. LUCIANI, *Salute*, cit., 2 ss. Considera tale qualificazione non rilevante giuridicamente, tra gli altri, L. PRINCIPATO, *Il diritto costituzionale alla salute: molteplici facoltà più o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive*, in *Giur. Cost.*, 1999, 2512 ss. Il tema è poi certamente condizionato dalle suggestioni provenienti dal diritto comparato e dalle Carte internazionali, che spesso utilizzano la categoria dei diritti fondamentali in modo diverso da quello che risulta dalla Costituzione italiana. Resta comunque aperto il problema del rapporto del diritto alla salute rispetto agli altri diritti costituzionali: il relativo dibattito è stato particolarmente vivo negli anni dell'emergenza pandemica da Covid-19 – senza che in questa sede possa darsene conto, se non nei limiti dei lavori citati più avanti, con riferimento ai temi affrontati nel presente contributo – e pare destinato ad essere ripreso anche con riferimento alla recente riforma costituzionale attuata con legge cost. n. 1 del 2022 rispetto alla controversa relazione tra diritto alla salute e libertà di iniziativa economica privata (con la modifica apportata al testo dell'art. 41, comma 2, Cost.).

¹⁰ A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, cit., 97.

Se tale prospettiva ha senz'altro il pregio della concretezza¹¹, resta tuttavia problematica l'idea di una nozione costituzionale "variabile" secondo i contesti, tanto più che la più ampia concezione della salute che fa riferimento al benessere, con connotazioni soggettivistiche, è il presupposto della tutela costituzionale della libertà di cura e della complessiva concezione del rapporto medico-paziente che si è andata affermando nel nostro ordinamento¹².

Né si può ignorare la circostanza che la definizione dell'OMS risulta espressamente accolta nel nostro diritto positivo¹³, pur non essendo stata mai chiaramente adottata dal giudice costituzionale con riferimento all'art. 32 Cost.

Inoltre, rispetto alla situazione delle persone in stato di detenzione una siffatta più stringente concezione della salute finirebbe per lasciare del tutto al di fuori della sfera costituzionale di protezione di tale bene aspetti della vita dei ristretti legati al complessivo benessere fisico e psichico della persona, quali la sfera dell'intimità e sessualità, il godimento di periodi all'aria aperta o la possibilità di praticare attività sportive, che invece vanno doverosamente ancorati (anche) al tema della salute.

Non resta allora che riferirsi, per leggere il rapporto tra i due termini del binomio, all'impostazione più generalmente adottata dalla Corte costituzionale con riferimento alle altre libertà costituzionali con le quali la detenzione si trova inevitabilmente ad interferire, per le quali essa riconosce che, pur potendo lo stato di privazione della libertà personale comportarne inevitabili limitazioni, tuttavia i ristretti conservano la titolarità dei relativi diritti e ne devono poter godere per tutto ciò che non interferisca con le esigenze di sicurezza o con quelle strettamente funzionali alla vita dell'istituto¹⁴. Valutazione, quest'ultima, che va condotta secondo criteri particolarmente stringenti quando viene in gioco un diritto "fondamentale".

Perciò, con riferimento allo stato di salute, è indispensabile che le condizioni di detenzione siano tali da minimizzare l'impatto negativo che esse possono avere sul benessere psico-fisico dell'individuo. Così, tanto per fare alcuni esempi, deve essere garantita una sufficiente possibilità di movimento e di praticare attività sportive, di mantenere la cura di sé, di godere di condizioni di vita accettabili non soltanto sul piano dei metri quadrati di spazio disponibile ma anche sul versante qualitativo¹⁵, di avere un vitto variegato ed adeguato alle proprie esigenze; e occorre trovare gli strumenti per consentire ai detenuti di continuare a vivere l'affettività e la sessualità¹⁶.

¹¹ Poiché, in effetti, la nozione adottata dall'OMS appare talmente ampia da rischiare di sfociare nell'utopia (A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, cit., 96).

¹² Su cui si tornerà più diffusamente *infra*, soprattutto al par. 4.

¹³ V. *supra*, spec. *sub* nota 3.

¹⁴ Il principio è ormai consolidato nella giurisprudenza costituzionale: cfr., *ex multis*, Corte cost., sentt. n. 349 del 1993, n. 26 del 1999, n. 20 del 2017, n. 186 del 2018.

¹⁵ Cfr. A. LORENZETTI, *Il sovraffollamento nel prisma costituzionale: fra tutele multilivello e soft law*, in A. ALBANO-A. LORENZETTI-F. PICOZZI, *Sovraffollamento e crisi del sistema carcerario. Il problema "irrisolvibile"*, Torino, 2021, 7 ss., spec. 32 s. ove si sottolinea il rilievo di elementi quali la vivibilità degli spazi, la buona manutenzione degli edifici, la presenza di acqua corrente e del riscaldamento, l'organizzazione della c.d. sorveglianza dinamica, la presenza di percorsi lavorativi e di studio.

¹⁶ Sul tema, cfr. almeno A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, in *Giurisprudenza penale*, 2-bis, 2019 (spec. 17 s. per il legame con il diritto costituzionale alla salute), e gli altri saggi contenuti nel numero monografico appena citato dal titolo *Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?*; S. TALINI, *L'affettività ristretta*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2015; nonché Corte costituzionale, sent. n. 301 del 2012.

Semmai, la nozione più ristretta di salute come condizione di chi non ha bisogno di cure mediche può valere a dare sostanza al “nucleo essenziale” del diritto che, secondo la posizione della Corte costituzionale in tema di diritti fondamentali, resta non comprimibile né sacrificabile in alcun caso¹⁷. Tale approccio sembra, peraltro, trovare un riscontro, con riferimento alla situazione delle persone in stato di detenzione, anche nella norma costituzionale dell’art. 13, comma 4, Cost., che vieta nei loro confronti qualsiasi violenza fisica e morale, nonché in quella di cui all’art. 27, comma 3, Cost. che proibisce trattamenti contrari al senso di umanità¹⁸.

Espressione di questo modo di intendere il diritto alla salute paiono tutti quegli istituti che impongono di sospendere o modificare l’attuazione della potestà punitiva dello Stato allorché le condizioni di salute della persona siano tali da poter essere gravemente compromesse o lese dalla vita in carcere: il rinvio obbligatorio dell’esecuzione di una pena detentiva (art. 146 c.p.), attualmente applicabile nei confronti di donna incinta o di persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, ovvero da altra malattia particolarmente grave e non curabile per effetto della quale le condizioni di salute risultino incompatibili con lo stato di detenzione; il rinvio facoltativo (art. 147 c.p.) nei confronti di chi si trova in condizioni di grave infermità fisica, quando non vi sia il concreto pericolo della commissione di delitti; nonché la detenzione domiciliare c.d. «umanitaria» o «in deroga», che può essere disposta quando sussistono i medesimi presupposti che giustificano la sospensione obbligatoria o facoltativa (art. 47-ter, comma 1-ter, legge n. 354 del 1975, ord. pen.)¹⁹. Quest’ultima è un istituto di più recente introduzione e più flessibile rispetto agli altri due (che risalgono al codice Rocco del 1930), collocandosi non già nella prospettiva della liberazione ma piuttosto in quella di una diversa e più attenuata forma di restrizione della libertà personale (la detenzione domiciliare, appunto), che risponda alle esigenze della tutela della salute anche in presenza di un residuo di pericolosità sociale. Proprio tenendo conto di queste caratteristiche di tale strumento, un recente intervento additivo della Corte costituzionale²⁰ ne ha esteso l’applicabilità anche ai casi di grave infermità psichica, correttamente considerando la salute mentale un aspetto meritevole di una eguale tutela rispetto a quella fisica.

Vale la pena di precisare che le questioni poste finora sono relative agli aspetti del diritto costituzionale alla salute inquadrabili come diritti di libertà, sui quali si tenterà qui di svolgere alcune riflessioni. Sono infatti questi – la pretesa che nessuno arrechi pregiudizio alla propria salute e la libertà di cura, la quale

¹⁷ Il riferimento al “nucleo essenziale” (o “contenuto essenziale”) di un diritto costituzionale torna con una certa frequenza nella giurisprudenza costituzionale, tanto da potersi considerare piuttosto consolidata, nonostante alcune critiche in dottrina, ed è anche alla base della nota impostazione adottata dalla Consulta, proprio con riferimento al diritto alla salute, nella sentenza n. 85 del 2013 sul c.d. caso Ilva (cfr. in particolare il punto 9 del *Considerato in diritto*). Per un’ampia rassegna dell’uso che di questo concetto ha fatto la Consulta, con uno sguardo anche alla prospettiva delle Corti europee, cfr. da ultimo L. CASTELLI, *Alla ricerca del “limite dei limiti”: il “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali nel dialogo tra le Corti*, in *Rivista AIC*, 1, 2021, 454 ss.

¹⁸ Per il riferimento a tali norme, sia pure nell’ambito di un diverso approccio al tema, cfr. M. CAREDDA, *La salute e il carcere. Alcune riflessioni sulle risposte ai bisogni di salute della popolazione detenuta*, in *Costituzionalismo.it*, 2015.

¹⁹ Merita di essere segnalato che nell’ambito degli Stati generali dell’esecuzione penale il Tavolo tematico 10 «Salute e disagio psichico» aveva a suo tempo elaborato diverse proposte di ampliamento e flessibilizzazione dei suddetti strumenti, sia con riguardo ai disturbi psichiatrici, sia ad alcune patologie infettive diffuse in ambiente carcerario e ad oggi non contemplate dalle norme richiamate nel testo (cfr. proposta 3 e proposta 4).

²⁰ Attuato con la sent. n. 99 del 2019.

comprende²¹ sia la libertà da trattamenti sanitari obbligatori, sia la possibilità di scelta tra terapie, medici, luoghi di cura – i diritti che possono subire compressioni o adattamenti in ragione della restrizione della libertà personale, in quanto inevitabilmente legati ad essa, almeno in una certa misura. Diverse considerazioni sono, invece, da fare rispetto ai diritti sociali relativi alla medesima sfera della salute, che restano fuori del tema di indagine del presente lavoro: tali diritti, così come tutti gli altri della medesima natura, permangono, infatti, del tutto integri in capo ai soggetti in stato di detenzione, proprio in ragione della diversa struttura che li caratterizza, poiché l'impegno in funzione perequativa e di promozione sociale richiesto da essi non muta in alcun modo rispetto ai soggetti *in vinculis*, per i quali, anzi, la condizione di fragilità e di debolezza di chi è affidato interamente all'amministrazione penitenziaria pone l'esigenza di uno sforzo ulteriore per assicurare le prestazioni dovute.

2. La libertà da trattamenti sanitari non voluti.

Seguendo tale impostazione, occorre costatare che i classici nodi problematici che si sviluppano per i soggetti liberi intorno alla libertà dai trattamenti sanitari non voluti, che fanno perno sul tema del consenso, assumono un carattere particolarmente complesso per le persone detenute, proprio in ragione del fatto che la condizione di limitazione della libertà personale può interferire con la capacità di autodeterminazione: in primo luogo, perché può compromettere la serenità delle decisioni e, dunque, la genuinità o l'effettività del consenso o del rifiuto; in secondo luogo, perché l'istituzione penitenziaria che ha in "custodia" la persona assume rispetto ad essa una posizione di garanzia.

Se tali elementi sollevano dubbi e criticità e richiedono, da parte dei sanitari, un approccio particolarmente attento alla relazione con la persona²², essi, tuttavia, non possono valere a cancellare il principio di autodeterminazione espresso dalla disciplina costituzionale, atteso che la restrizione della libertà personale lascia, come si è già ricordato, integri in capo al soggetto tutti i "residui" dei diritti costituzionali compatibili con tale stato, che sono «tanto più preziosi in quanto costituenti gli ultimi residui in cui può espandersi la sua libertà individuale»²³.

Per cui la somministrazione delle cure deve, anche in carcere, rispondere alla disciplina della libertà costituzionale in parola, la quale – come è noto – prevede come limite all'imposizione di trattamenti sanitari obbligatori due specifiche ed esplicite condizioni: la riserva di legge²⁴ e il rispetto della persona

²¹Cfr. M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2012, 455 ss.

²²Sui problemi etici che tali relazioni pongono, cfr. M.R. BATTAGLIN-S. TOLIO, *L'autodeterminazione del paziente in stato di detenzione carceraria: profili etici del rifiuto delle cure*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1/2015, 59 ss. Sugli aspetti relativi al consenso si tornerà anche più ampiamente nel paragrafo successivo.

²³Cfr. Corte cost., sent. n. 186 del 2018, n. 26 del 1999, n. 349 del 1993.

²⁴Assai controversa è la natura relativa o assoluta di tale riserva. Propendono per la prima ipotesi, tra gli altri, V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e società*, 3/1982, 558; S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Scritti in onore di Egidio Tosato*, Milano, 1982, II, 163 s.; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione. (A proposito delle trasfusioni di sangue)*, in *Diritto e Società*, 2, 1982, 312 s.; M. LUCIANI, *Salute*, cit., 10; per la ricostruzione della riserva in parola come assoluta, cfr. D. MORANA, *La salute nella costituzione italiana*, cit., 192 ss. In ogni caso, viene diffusamente riconosciuta la necessità che ciascun trattamento sanitario obbligatorio sia specificamente individuato dalla legge: cfr. M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 31, secondo comma*,

umana. Partendo poi dal riconoscimento costituzionale della salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, la giurisprudenza costituzionale ha chiarito alcuni ulteriori presupposti sostanziali dell'imposizione: a) il trattamento deve essere diretto «a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato» e non può, invece, incidere negativamente su di esso; b) e deve essere rivolto a preservare lo stato di salute degli altri «giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale»²⁵. Tale ultima acquisizione risulta particolarmente importante per contribuire a chiarire che, nel nostro ordinamento, non può configurarsi un "dovere di curarsi" al di fuori dei casi in cui venga in rilievo la salute degli altri, nemmeno laddove la mancata sottoposizione a un trattamento sanitario possa mettere a rischio la stessa vita della persona o arrecarle danni gravi. La lettura data dalla Corte costituzionale sul punto e condivisa da gran parte della dottrina²⁶ è coerente con la natura individualistica della libertà di cura e con l'impronta personalista che permea tutta la disciplina dei diritti in Costituzione. Tale impostazione, che è ormai consolidata nella giurisprudenza costituzionale²⁷ e in quella comune, sviluppatasi in relazione ad una serie di casi che hanno posto il problema²⁸, si schiera apertamente anche contro i tentativi di leggere nella disciplina costituzionale sul diritto alla salute una *ratio* di tutela della vita prevalente sulla libertà di autodeterminazione in materia di cure²⁹.

Siffatte acquisizioni, inoltre, sembrano contraddire anche le diverse ricostruzioni che, pur rigettando una prospettiva paternalistica, ritengono tuttavia ampliabile il novero dei casi in cui i trattamenti sanitari obbligatori potrebbero essere disposti, facendo riferimento a una serie di ulteriori doveri costituzionali quali il dovere di difendere la patria, quello al lavoro, o quello dei genitori a mantenere, istruire ed educare i figli³⁰, con i quali la libertà di cura potrebbe essere "bilanciata". L'approccio contrario che emerge nel diritto vivente pare, del resto, coerente con il carattere "fondamentale" del diritto alla

della Costituzione italiana, cit., 458; F. MINNI-A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Rivista AIC*, 3, 2013, 3, nota 9.

²⁵ Così, testualmente, Corte cost., sent. n. 307/1990, ma cfr. anche sent. n. 258 del 1994; sent. n. 118 del 1996.

²⁶ Senza pretesa di esaustività, v. S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, cit., 167 ss.; D. VINCENZI AMATO, *Art. 32*, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Bologna-Roma, 1976, 174 ss.; M. LUCIANI, *Salute*, cit., 9 s.; D. MORANA, *La salute nella costituzione italiana*, cit., 176 ss.; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, cit., 312 ss.; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 62 ss.

²⁷ Cfr., anche, da ultimo le decisioni sul c.d. caso Cappato, ord.n. 27 del 2018 e sent. n. 242 del 2019.

²⁸ Si fa ovviamente riferimento ai casi Welby (Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Roma, sentenza 23 luglio-17 ottobre 2007, n. 2049) ed Englaro (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 16 ottobre

2007, n. 21748). Anche la più recente normativa in tema di disposizioni anticipate di trattamento (legge 22 dicembre 2017, n. 219) si colloca nella stessa ottica. Sul tema si tornerà più avanti, al par. 4, cui si fa rinvio anche per alcune essenziali indicazioni bibliografiche.

²⁹ Sul significato sul piano etico di questa chiara scelta giuridica del nostro ordinamento costituzionale, cfr. G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2008, 105 ss.

³⁰ G. GEMMA, *Diritto a rifiutare cure ed interessi costituzionali diversi dalla salute pubblica*, in *Rivista AIC*, 2, 2017.

salute³¹, ed evita operazioni di bilanciamento talmente complesse e fondate su considerazioni etiche soggettive da poter facilmente essere tacciate di arbitrarietà³².

Ancora maggiori perplessità desta poi l'idea che possano essere tratti ulteriori possibili limiti alla libertà di scelta da una lettura aperta del catalogo dei doveri costituzionali³³, poiché a quelle appena esposte si dovrebbero aggiungere quelle più generali poste da tale lettura ampliativa³⁴.

Questo quadro, come si è detto, deve orientare senz'altro il tema della libertà di autodeterminazione terapeutica anche per le persone sottoposte a detenzione. La riferibilità degli obblighi di cura che possono essere imposti dalla legge esclusivamente a interessi relativi alla salute collettiva impedisce, dunque, di porre come fondamento di obblighi di cura ogni diversa esigenza che si possa manifestare nell'ambito della vita penitenziaria; consente invece di tenere in considerazione l'interesse alla salute della comunità penitenziaria, considerato che il riferimento alla collettività deve essere inteso come comprensivo anche di gruppi sociali più ristretti³⁵.

L'ordinamento penitenziario prevede, in effetti, misure specifiche per il caso di diagnosi anche sospetta di malattia contagiosa, per evitarne la propagazione; si tratta dell'isolamento, la cui riconducibilità al

³¹ Secondo l'interpretazione di tale aggettivo come indicatore di una prevalenza nei conflitti con diritti di pari grado (per i riferimenti bibliografici, v. *supra*, nota 9), che, invero, la Corte ha, rispetto ad altro tipo di possibili contrapposizioni, esplicitamente rigettato (ci si riferisce alla nota decisione sul caso Ilva, Corte cost., sent. n. 85 del 2013). Va comunque notato che anche nell'ambito di approcci che rifiutano l'idea della prevalenza del diritto alla salute fondato sul carattere fondamentale dello stesso, si giunge a riconoscere, con la giurisprudenza costituzionale, che solo l'interesse alla salute collettiva può giustificare la limitazione della libertà di non curarsi: F. GRANDI, *L'art. 32 nella pandemia: sbilanciamento di un diritto o "recrudescenza" di un dovere?*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2021, 82 ss.

³² Cfr. ancora G. GEMMA, *Diritto a rifiutare cure ed interessi costituzionali diversi dalla salute pubblica*, cit., 21, il quale, ad esempio, nel riflettere sul rapporto tra autodeterminazione terapeutica e diritto al lavoro, deve riconoscere che "a rigore il dovere al lavoro implicherebbe un dovere alla salute" troppo incisivo rispetto alla relativa libertà, tanto da dover piuttosto configurare "il dovere al lavoro come onere, la cui inosservanza può determinare mancata acquisizione o perdita di benefici". In termini meno espliciti, la medesima prospettazione pare rintracciabile già in C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 1961, e poi pubblicato in ID., *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano 1972, 438 s.

³³G. GEMMA, *Diritto a rifiutare cure ed interessi costituzionali diversi dalla salute pubblica*, cit., 20.

³⁴ Cfr. P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, 58 ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 68; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Torino, 2021, 48.

³⁵ Sul punto, cfr. P. VERONESI, *L'eccezione alla regola: il caso dei trattamenti sanitari obbligatori*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2/2021, 233 s.; Corte cost., sent. n. 218 del 1994, ove si legittimano trattamenti sanitari obbligatori in relazione all'"esigenza di tutelare la salute dei terzi (o della collettività in generale)" in settori nei quali esista un serio rischio di contagio (punto 2 del *Considerato in diritto*).

novero dei trattamenti sanitari è invero controversa³⁶, e di interventi “di controllo”³⁷, che possono includere esami diagnostici, certamente compresi nella nozione³⁸. Si tratta di una disciplina che può considerarsi senz’altro rispondente al quadro costituzionale, che secondo le letture prevalenti non soltanto consente, ma addirittura esige tutele specifiche rispetto a situazioni di particolare rischio per la salute collettiva³⁹.

Risulta così giustificata anche la previsione di visite obbligatorie, come quella all’atto dell’ingresso nell’istituto, in quanto rispondenti ad una *ratio* di tutela della comunità; mentre devono ritenersi liberamente rifiutabili tutte le visite, nonché i singoli accertamenti o esami, disposti nell’interesse esclusivo della salute del singolo⁴⁰.

Vale ancora la pena di ricordare che l’obbligatorietà di un trattamento sanitario non esclude il dovere di informazione⁴¹, e il necessario rispetto della riservatezza e del pudore della persona che vi è sottoposta.

3. I trattamenti sanitari coercitivi

Più delicata è la questione dei trattamenti sanitari che possono essere attuati con modalità coercitive: si tratta di un ambito assai problematico anche per i soggetti liberi e i dubbi posti dalla relativa disciplina non possono che essere amplificati nel contesto di restrizione della libertà personale e di soggezione fisica al potere pubblico nel quale si trova la persona detenuta.

Come è noto, la legge n. 833 del 1978 pone agli articoli da 33 a 35 una disciplina dei trattamenti sanitari definiti “obbligatoriosi”, ma che riguarda, in verità, anche quelli che possono essere attuati con la coazione fisica e, dunque, più correttamente definibili, sul piano formale, come “coercitivi”. In questi casi, secondo le ricostruzioni dottrinali più attente, la disciplina costituzionale applicabile si “duplica”, poiché se le limitazioni alla libertà da trattamenti sanitari non voluti restano sottoposte a quanto previsto dall’art.

³⁶ La questione è stata dibattuta, da ultimo, nei confronti delle analoghe misure (quarantena e isolamento) adottate in relazione alla pandemia da Covid-19: in senso contrario, cfr. D. MORANA, *Le libertà costituzionali in emergenza: spigolature tra libertà personale, circolazione del territorio e prestazioni personali imposte*, in F.S. MARINIG. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, 2020, 144, trattandosi di situazioni in cui manca una qualsiasi attività di tipo tecnico che possa incidere sulle condizioni di salute; in senso favorevole, cfr. invece, nello stesso volume, V. TAMBURRINI, *La limitazione dei diritti costituzionali in tempo di pandemia: alcune osservazioni sul carattere fondamentale dell’interesse della collettività alla salute*, 132. Sui provvedimenti assunti in relazione a tale recente emergenza, cfr. anche i molti contributi contenuti nel numero speciale n. 1/2020 di questa *Rivista*.

³⁷ Art. 11, comma 11, ord. pen.

³⁸ Per l’affermazione che gli accertamenti, compresi prelievi ed analisi, costituiscono “trattamenti sanitari”, cfr. Corte cost., sent. n. 218 del 1994.

³⁹ Cfr. ancora Corte cost., sent. n. 218 del 1994.

⁴⁰ Cfr. art. 11, commi 7 e 8, ord. pen.

⁴¹ Sulla configurabilità di autonomo diritto a ricevere informazioni sulla propria salute e sui trattamenti, direttamente riconducibile all’art. 32 Cost., cfr. G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l’art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, cit., 91 s. Per la precisazione che anche nei casi di trattamenti obbligatori, la necessità della corretta e completa informazione, pur se non legata all’espressione del libero consenso, è imposta dal limite del rispetto della persona umana, cfr. D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, cit., 170.

32 Cost., le modalità incidenti sulla sfera fisica della persona rendono applicabile anche la tutela costituzionale della libertà personale di cui all'art. 13 Cost.⁴².

Dunque, per i soggetti ristretti, ai dubbi che la disciplina comune dei trattamenti sanitari coercitivi suscita, e di cui si dirà tra breve, rispetto ad entrambi tali disposizioni costituzionali, si aggiungono quelli più generali circa il "residuo" di libertà personale di cui essi dispongono.

Se, infatti, vale il principio già sopra richiamato secondo il quale la condizione di limitazione della libertà personale non determina la perdita dei diritti costituzionali, ma comporta solo quelle restrizioni indispensabili a garantire l'ordine e la sicurezza dell'istituto, nel diritto vivente occorre constatare che tale "residuo", con riferimento alla stessa libertà personale, è riconosciuto in margini piuttosto ristretti, perché l'ordinamento penitenziario, oltre a permettere con larghezza il ricorso a perquisizioni personali⁴³, consente l'uso della forza fisica in diversi casi, tra i quali alcuni più strettamente legati ad esigenze di sicurezza (quando sia «indispensabile per prevenire o impedire atti di violenza» o per «impedire tentativi di evasione»: art. 41, comma 1, ord. pen.), e altri più problematici, come quello in cui occorra «vincere la resistenza, anche passiva, all'esecuzione degli ordini impartiti» (ancora art. 41, comma 1, ord. pen.), anche per la vaghezza del presupposto. Comunque, per tutti questi atti manca uno specifico provvedimento dell'autorità giudiziaria e residua soltanto la garanzia del divieto di violenza fisica o morale posta dall'art. 13 Cost. per tutti i soggetti comunque sottoposti a restrizione della libertà personale.

Risulta, quindi, particolarmente delicata in questi casi l'applicazione della disciplina dei t.s.o., che già per i liberi pone dubbi circa il rispetto dell'art. 13 Cost., dal momento che non vi è previsto l'intervento dell'autorità giudiziaria, nemmeno in caso di modalità coercitive (cfr. artt. 33 e 34 legge n. 833 del 1978), con l'unica eccezione degli accertamenti e trattamenti in condizioni di degenza ospedaliera per malattia mentale e nella sola forma della convalida *ex post* (art. 35 legge n. 833 del 1978), tanto da essersi parlato in dottrina di "amministrativizzazione"⁴⁴ delle procedure.

⁴² Il punto è, invero, controverso e non può essere approfondito adeguatamente in questa sede, tanto più che il dibattito, piuttosto risalente, è già molto ampio e ricco. Sintetizzandone brevemente i tratti più salienti, va dato conto che taluni ritengono l'art. 13 Cost. non applicabile alle misure assunte per la tutela del diritto alla salute (tra gli altri, cfr. D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, cit.*, 169 s.) in coerenza con l'orientamento che riferisce la disciplina della libertà personale esclusivamente alle misure che importino una degradazione della persona o un giudizio di riprovazione (A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967, 120 s.). Convincano, però, le obiezioni di quanti, invece, reputano tale disciplina applicabile a tutti i casi di soggezione della persona all'uso della forza, attuale o potenziale: tra queste, paiono dirimenti, da un lato, sul piano testuale e sistematico, il rilievo (formulato da A. PACE, *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1974, 298 ss.) che non sarebbe stata altrimenti necessaria l'espressa previsione delle misure per motivi sanitari nell'art. 14, al terzo comma, in funzione derogatoria rispetto alla richiamata applicazione della disciplina sulla libertà personale; e, dall'altro, in termini più generali, la considerazione della fragilità della garanzia costituzionale della libertà personale che deriverebbe dal suo condizionamento a valutazioni assai opinabili quali quelle sul legame con un giudizio di disvalore (S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, cit., 148).

⁴³ La relativa disciplina ha anche ricevuto l'avallo della Corte costituzionale, con la sentenza n. 526 del 2000.

⁴⁴ S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, cit., 150, il quale legge in questa chiave anche la scelta di indicare come autorità giudiziaria competente per il controllo *ex post* il giudice tutelare, davanti al quale si svolge un procedimento di volontaria giurisdizione. Deve, comunque, registrarsi almeno l'acquisito riconoscimento da parte della giurisprudenza che si tratta di provvedimenti sulla libertà personale, per cui avverso le relative decisioni giudiziarie, che hanno carattere decisorio in quanto incidenti su diritti soggettivi, è sempre

Sembra, quella dei trattamenti sanitari coercitivi, una vera e propria zona d'ombra di vigenza dell'art. 13 Cost.⁴⁵ che riesce a venire parzialmente alla luce solo nei casi di ricovero. E se per i liberi l'uso della soggezione fisica per trattamenti sanitari che non implicano una degenza può essere un'eventualità rara⁴⁶ – per quanto comunque ipotizzabile⁴⁷ – per le persone detenute questa lacuna pare presentare maggiori rischi, in un contesto nel quale l'uso della forza fisica risulta più agevole. Peraltro, nella situazione di detenzione possono operare più difficilmente o comunque non essere efficaci le sanzioni c.d. indirette, quali l'esclusione da determinate attività (scolastiche o lavorative) a carico di chi non si sottoponga a visite o a vaccinazioni obbligatorie, finendo così per rendere il ricorso alla coazione fisica l'unico strumento per rendere effettiva l'obbligatorietà dei trattamenti previsti dalla legge, con il risultato di far divenire più evanescente il confine tra obbligatorietà e coercitività dei medesimi. Anche su questo fronte, in definitiva, deve concludersi che in capo ai detenuti residui ben poco delle garanzie della libertà personale e che la sua limitazione nella forma della detenzione finisca per risolversi sostanzialmente in una radicale privazione, rischiando di rendere solo teoriche, con riferimento alla libertà in parola, le affermazioni della giurisprudenza costituzionale sulla permanenza del "residuo" dei diritti costituzionali in capo ai ristretti.

Inoltre, la disciplina posta dalla legge n. 833 del 1978 sui trattamenti sanitari obbligatori appare piuttosto dubbia, rispetto al parametro costituzionale, anche con riferimento ai presupposti, che non sono delimitati in modo chiaro ai soli casi di pericolo per la salute collettiva. Anche per le situazioni più marcatamente restrittive, quali quelle che richiedono la degenza ospedaliera per condizioni di infermità mentale, la legge richiede infatti, genericamente, che le alterazioni psichiche siano tali da richiedere "urgenti interventi terapeutici", senza altro specificare; e la prassi applicativa fa riferimento alla pericolosità per gli altri – utilizzando un concetto di salute declinato anche come sicurezza, in modo forse non del tutto rigoroso ma nel complesso accettabile, se si considera che la nozione di salute va intesa anche come integrità e benessere psico-fisico⁴⁸ – ma anche a quella per sé stessi⁴⁹, finendo per configurare una sorta di dovere di curarsi nell'esclusivo interesse del soggetto malato, difficilmente compatibile con il quadro costituzionale sopra ricostruito. Per cui, in questa parte, la relativa disciplina pare incompatibile con le garanzie costituzionali poste dall'art. 32 Cost., a meno di non ricostruire per

ammesso ricorso in Cassazione ex art. 111, comma 7, Cost. (cfr., tra le molte, Cass. civ., Sez. I, sentenza 30 settembre 2011, n. 20078).

⁴⁵ Cfr. ancora S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, cit., 152 ss., molto critico con la disciplina legislativa introdotta dalla legge istitutiva del servizio sanitario nazionale.

⁴⁶ Questa circostanza spiega, probabilmente, la valutazione complessivamente non negativa che viene data da alcuni autori alla disciplina in questione sotto il profilo costituzionale: cfr., ad esempio, I. CIOLLI, *I trattamenti sanitari obbligatori e il paziente con problemi psichici. Profili costituzionali*, in *Amministrazione in cammino*, 2012.

⁴⁷ Può, ad esempio, prospettarsi il ricorso a vaccinazioni coattive (ancora S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, cit., 153).

⁴⁸ Sul complesso rapporto tra tutela della salute collettiva e incolumità pubblica in questo settore, cfr. V. TAMBURINI, *Sulla riserva di legge in tema di trattamenti sanitari coattivi*, in E. CECCHERINI (a cura di), *I diritti al tempo della crisi. Nuove esigenze di ponderazione*, Napoli 2018, 34 ss., anche per il rilievo che lo strumento dei trattamenti sanitari obbligatori per malattia mentale non deve essere piegato a finalità di tutela dell'ordine pubblico.

⁴⁹ Dallo stesso caso deciso nella già citata sentenza Cass. civ., Sez. I, n. 20078 del 2011, emerge l'uso pacifico di tali trattamenti per il caso di pericolo per la vita e l'incolumità fisica dello stesso interessato. Si tratta, del resto, di una linea interpretativa che si pone in continuità con il requisito della "pericolosità per sé e per gli altri" previsto per l'internamento dalla precedente legislazione sul sistema manicomiale (legge n. 36 del 1904).

i casi in questione, relativi a stati di alterazione psichica, una vera e propria incapacità di autodeterminarsi in capo alla persona coinvolta che escluda in radice la possibilità per essa di esprimere un valido consenso o rifiuto rispetto al trattamento; si tratta di una prospettiva che forse può essere adottata, almeno in alcuni casi, ma che appare generalizzabile solo in modo molto problematico⁵⁰.

4. Il consenso informato e la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico

Anche per i soggetti ristretti, come si è visto, la garanzia costituzionale della libertà di cura pone come regola centrale, con le sole limitazioni di cui si è detto sin qui, la volontarietà dei trattamenti, che prende forma giuridica nell'istituto del consenso informato. Quest'ultimo trova un suo «sicuro fondamento nelle norme della Costituzione»⁵¹, affondando le sue radici direttamente nell'art. 32 Cost.⁵², ma si è affermato nel tempo anche in atti normativi di livello primario, nel codice di deontologia medica e nella giurisprudenza. In particolare la connessione tra i due termini dell'espressione è data dalla rilevata necessità che perché l'espressione di volontà possa dirsi autentica e reale, in un settore caratterizzato da una forte asimmetria informativa tra il medico e il paziente, occorre che l'interessato riceva «un'informazione comprensibile ed esaustiva»⁵³ sui diversi aspetti implicati. Il codice di deontologia medica è, sul punto, piuttosto specifico, prevedendo che l'obbligo informativo debba vertere «sulla prevenzione, sul percorso diagnostico, sulla diagnosi, sulla prognosi, sulla terapia e sulle eventuali alternative diagnostico-terapeutiche, sui prevedibili rischi e complicanze, nonché sui comportamenti che il paziente dovrà osservare nel processo di cura»; aggiungendo che il medico deve adeguare «la comunicazione alla capacità di comprensione della persona assistita o del suo rappresentante legale,

⁵⁰ Ritiene tale prospettazione “eccessiva e non rispondente al vero” V. TAMBURRINI, *Sulla riserva di legge in tema di trattamenti sanitari coattivi*, cit., 35, la quale osserva anche che i trattamenti effettuati in stato di necessità su soggetti incapaci di esprimere il consenso non potrebbero neppure qualificarsi come obbligatori, come invece li definisce la legge. Cfr. anche S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano 2015, 279 s. per l'affermazione dell'inadeguatezza di scenari troppo netti sul punto, alla luce dei riferimenti provenienti dalle scienze cliniche, che se, da un lato, indicano che i disturbi mentali possono interferire su alcune abilità che costituiscono il presupposto delle scelte razionali, dall'altro, segnalano anche che nella maggioranza dei casi i pazienti psichiatrici, anche gravi, presentano una buona capacità decisionale.

⁵¹ In questi termini Cass. civ., Sez. I, sent. 16 ottobre 2007, n. 21748.

⁵² Invero, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 438 del 2008, ha dato di tale fondamento una lettura più complessa, invocando ad un tempo gli artt. 2, 13 e 32 della Carta. Tuttavia, si devono condividere le considerazioni di chi rileva l'autosufficienza della disposizione costituzionale dedicata alla salute, considerando ultronei gli altri riferimenti: cfr. D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, cit., 162 ss.; sull'utilizzazione dell'art. 2 Cost. con riferimento a posizioni già ricavabili da altre norme costituzionali cfr. anche A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, pt. generale, Padova, 2003, 24; L. PIROZZI, *L'art. 2 della Costituzione e i diritti inviolabili*, in D. MORANA (a cura di), *I diritti costituzionali in divenire. Tutele consolidate e nuove esigenze di protezione*, Napoli, 2020, 1 ss.

⁵³ Art. 33 del codice di deontologia medica del 2014. È, in realtà, piuttosto controversa la natura giuridica dei codici deontologici e il loro valore normativo. Sul tema, in una prospettiva ampia, cfr. A.M. SANDULLI, *Regole di deontologia professionale e sindacato della Corte di cassazione*, in *Giust. civ.*, 1961, I, 616 ss.; con più specifico riferimento al settore medico, v., tra gli altri, A. PATRONI GRIFFI, *Diritti della persona e dimensione normativa nel codice di deontologia medica*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, 248 ss.; V. DURANTE, *Salute e diritti tra fonti giuridiche e fonti deontologiche*, in *Pol. dir.*, 2004, 563 ss.; P. LAONIGRO, *Le norme deontologiche tra teoria e prassi giurisprudenziale: notazioni sul codice deontologico medico*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 2010.

corrispondendo a ogni richiesta di chiarimento, tenendo conto della sensibilità e reattività emotiva dei medesimi, in particolare in caso di prognosi gravi o infauste, senza escludere elementi di speranza»; e precisando infine che deve eventualmente essere rispettata anche «la volontà della persona assistita di non essere informata o di delegare ad altro soggetto l'informazione, riportandola sulla documentazione sanitaria»⁵⁴.

In tempi piuttosto recenti, però, il consenso informato ha trovato una disciplina organica ed esplicita, a livello di normazione primaria, nella legge n. 219 del 2017 recante “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”.

Si tratta di una normativa che, nel dettare una disciplina innovativa per i casi nei quali il consenso non sia (più) validamente esprimibile dalla persona per il venire meno della sua capacità, consentendo la determinazione anticipata delle relative volontà attraverso il c.d. biotestamento⁵⁵, coglie l'occasione per recepire e positivizzare molte delle acquisizioni in materia di consenso informato, puntualizzando alcuni aspetti delle relative regole. Così, limitandoci a quelli che paiono qui più rilevanti, viene esplicitata in un testo legislativo l'esigenza di valorizzare la «relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico» che si basa, a sua volta, sul consenso informato «nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico» (art. 1, comma 1)⁵⁶; e vengono chiariti punti della disciplina che si erano rivelati più controversi, quali il diritto di revocare in qualsiasi momento il consenso già accordato o l'inclusione della nutrizione e idratazione artificiali tra i trattamenti sanitari (art. 1, comma 5).

Ne risulta il riconoscimento, anche a livello di normazione primaria, dell'importanza del rapporto medico-paziente per la costruzione di scelte libere e consapevoli. Si tratta di un elemento che, nello stato di detenzione, è sottoposto a particolari criticità, in ragione di molti fattori. Vi è infatti un'accentuazione sia delle condizioni di asimmetria informativa, se non altro per le difficoltà per le persone detenute di ricercare autonomamente fonti di informazione, sia delle situazioni di vulnerabilità psicologica dei pazienti. Ma anche altri fattori possono condizionare negativamente la relazione. Si pensi, in primo

⁵⁴ Tutte le citazioni testuali del periodo nel testo sono riferibili all'art. 33 del codice di deontologia medica.

⁵⁵ Molte le riflessioni avviate in sede scientifica sugli aspetti più innovativi della disciplina legislativa in parola, delle quali non è possibile dare conto compiutamente in questa sede. Tra gli altri contributi, cfr. quelli raccolti in *Forum: la legge n. 219 del 2017. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in questa *Rivista*, 1/2018, 1 ss.; U. ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Padova, 2018; S. CACACE-A. CONTI-P. DELBON (a cura di), *La volontà e la scienza. Relazione di cura e disposizioni anticipate di trattamento*, Torino 2019; E. CALÒ (a cura di), *Consenso informato e disposizioni anticipate*, Napoli, 2019; S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *La legislazione penale*, 19 dicembre 2018; D. CARUSI, *La legge «sul biotestamento». Una pagina di storia italiana*, Torino, 2020; L. D'AVACK, *Consenso informato e scelte di fine vita. Riflessioni etiche e giuridiche*, Torino 2020; M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018, 176 ss.; G. RAZZANO, *La legge n. 219/2017 su consenso informato e DAT fra libertà di cura e rischio di innesti eutanasi*, Torino, 2019; M. RODOLFI-C. CASONATO-S. PENASA, *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, Milano, 2018.

⁵⁶ La relazione di cura trovava già una sua disciplina, di più dubbio valore normativo (v. quanto osservato *supra* alla nota 53) ma formulata nei termini di un'ampia valorizzazione, nel richiamato codice di deontologia medica, all'art. 20, che recita: «La relazione tra medico e paziente è costituita sulla libertà di scelta e sull'individuazione e condivisione delle rispettive autonomie e responsabilità. [...] Il medico nella relazione persegue l'alleanza di cura fondata sulla reciproca fiducia e sul mutuo rispetto dei valori e dei diritti e su un'informazione comprensibile e completa, considerando il tempo della comunicazione quale tempo di cura».

luogo, alla circostanza che il medico non viene scelto dal malato, ma è in qualche modo imposto dall'organizzazione del servizio sanitario nell'istituto (sul punto si tornerà più diffusamente in seguito) e che è comunque percepito spesso, ancora oggi, come un'espressione dell'istituzione punitiva che tiene il soggetto in detenzione⁵⁷, rispetto al quale il rapporto di fiducia è molto più difficile da costruire rispetto a quanto accade all'esterno.

Il cammino per attenuare questa percezione è infatti lungo e lento, se si considera che la riforma che ha sottratto l'assistenza sanitaria al Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria attribuendola, come per i soggetti liberi, al Servizio Sanitario Nazionale è stata attuata a quasi dieci anni di distanza dalla sua ideazione legislativa⁵⁸ e che solo da pochissimi anni è stata esclusa la partecipazione del medico al consiglio di disciplina⁵⁹, organo competente a emanare le sanzioni.

Il Comitato Nazionale di Bioetica, in un ricco documento di non molti anni addietro, indica agli operatori sanitari presenti in carcere la necessità di adoperarsi per far percepire sé stessi come una parte che incarna il principio di beneficiabilità, piuttosto che quello della giustizia⁶⁰, in grado, dunque, di rappresentare l'interesse della persona malata anche di fronte alle istituzioni giudiziarie e penitenziarie⁶¹. Ma prende atto che, sulla base di quanto emerso dalle audizioni, molti medici che provengono ancora dalla vecchia sanità penitenziaria si rivelano «più propensi a mantenere il vecchio ruolo»⁶², mentre solo i più giovani sembrano interpretare meglio il loro mandato.

Del resto, resta come ulteriore aspetto critico il fatto che i sanitari svolgono compiti come quelli relativi a informazioni sanitarie richieste dall'autorità giudiziaria, anche per la valutazione della compatibilità delle condizioni di salute con il regime detentivo, che possono minare l'alleanza terapeutica, introducendo nella relazione medico-paziente interessi diversi⁶³. Si tratta di un ulteriore punto che dovrebbe essere oggetto di intervento, lasciando tali compiti ad un medico diverso da quello di reparto⁶⁴.

Merita in effetti di essere sottolineato che la salvaguardia del rapporto medico-paziente in carcere non è soltanto di un'esigenza sul piano etico, ma un presupposto perché possa essere garantita, sul piano

⁵⁷ Cfr. A. FRANCESCHINI, *La medicina penitenziaria*, in *Trattato di medicina legale e scienze affini*, VIII, Padova 2006, 352 ss.

⁵⁸ Con il d.lgs. 22 giugno 1999, 230, che ha avuto attuazione però solo con il D.P.C.M. 1.4.2008. Il tema è ovviamente di grande rilievo, ma non se ne può trattare adeguatamente in questa sede, essendosi scelto di concentrare la riflessione sugli aspetti di libertà del diritto alla salute piuttosto che ai profili della medesima come diritto sociale. Per qualche riflessione sulla complessa attuazione della riforma, cfr. M. CAREDDA, *Le politiche delle Regioni per la prevenzione ed assistenza sanitaria in favore delle persone private della libertà: a dieci anni dalla Riforma della medicina penitenziaria*, in *Federalismi.it - Osservatorio di diritto sanitario*, 2018.

⁵⁹ Il d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123 ha novellato l'art. 40 ord. pen. Prima di tale riforma, A. FRANCESCHINI, *La medicina penitenziaria*, cit., 352, segnalava tale aspetto come particolarmente delicato nella costruzione del rapporto con i pazienti.

⁶⁰ Cfr. M.R. BATTAGLIN-S. TOLIO, *L'autodeterminazione del paziente in stato di detenzione carceraria: profili etici del rifiuto delle cure*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1, 2015, 89.

⁶¹ In questi termini, COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *La salute "dentro le mura"*, 27 settembre 2013, reperibile sul sito bioetica.governo.it, 15.

⁶² COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *La salute "dentro le mura"*, cit., 18; M.R. BATTAGLIN-S. TOLIO, *L'autodeterminazione del paziente in stato di detenzione carceraria*, cit., 88.

⁶³ Cfr. ancora A. FRANCESCHINI, *La medicina penitenziaria*, cit., 353.

⁶⁴ V. ancora le raccomandazioni in questo senso formulate dal COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *La salute "dentro le mura"*, cit., 18.

giuridico, l'effettività delle garanzie costituzionali in materia di salute. Tale consapevolezza è tanto più importante in quanto tra i ristretti possono presentarsi con una certa frequenza situazioni personali che rendono particolarmente difficile costruire e coltivare una relazione costruttiva di alleanza terapeutica, come nei casi di persone che soffrono di patologie psichiatriche o di stranieri. Rispetto a questi ultimi, particolarmente importante può rivelarsi il coinvolgimento di figure come quella dei mediatori linguistico-culturali, ora operanti negli istituti penitenziari⁶⁵.

5. Lo sciopero della fame e gli atti autolesivi e suicidari

La più recente normativa in materia di disposizioni anticipate di trattamento pare anche offrire nuovi spunti rispetto a un tema in qualche modo "classico", relativo alla possibilità di intervenire mediante alimentazione forzata nei confronti di chi, in stato di detenzione, ricorra allo sciopero della fame. L'argomento è, infatti, venuto in passato all'attenzione dell'opinione pubblica e del dibattito giuridico, soprattutto in occasione della frequente utilizzazione di tale pratica a scopo rivendicativo da parte dei detenuti politici all'inizio degli anni ottanta del novecento⁶⁶, ponendosi il problema della praticabilità di misure che coattivamente interrompano il progressivo deterioramento delle condizioni fisiche dello scioperante destinato altrimenti a prodursi con il prolungamento del digiuno oltre un certo limite, fino a mettere a rischio la stessa vita.

Sul punto si sono registrate posizioni molto articolate e diverse anche da parte della giurisprudenza, che ha tentato di giustificare simili scelte sulla base di vari riferimenti normativi: le disposizioni della legge n. 833 del 1978 che prevedono i t.s.o. per malattia mentale; l'art. 41 ord. pen. che consente l'uso della forza fisica per garantire l'incolumità dei soggetti ristretti; o ancora la generale "posizione di garanzia" che l'amministrazione carceraria assume nei confronti dei detenuti.

Tuttavia, anche a prescindere da specifiche debolezze di ciascuna di queste posizioni⁶⁷, vale per tutte il rilievo che l'ipotesi di un trattamento sanitario obbligatorio (o addirittura coattivo) non giustificato da alcun interesse sanitario della collettività è senz'altro in contrasto con il quadro costituzionale sopra ricostruito⁶⁸.

⁶⁵ V. art. 80 ord. pen., come novellato dal recente d.lgs. n. 123 del 2018, che prevede la possibilità per l'amministrazione penitenziaria di avvalersi anche di tale tipologia di professionisti per le attività di osservazione e di trattamento. Ma vedi già, a livello regolamentare, l'art. 35 d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230.

⁶⁶ Cfr. tra gli altri, G. FIANDACA, *Sullo sciopero della fame nelle carceri*, in *Foro italiano*, II, 1983, 235 ss.; E. FASSONE, *Sciopero della fame, autodeterminazione e libertà personale*, in *Questione Giustizia*, 2, 1982, 335 ss.; L. FERRAJOLI, *Carcere e diritti fondamentali*, ivi, 351 ss.; V. ONIDA, *Dignità della persona e "diritto di essere malati"*, ivi, 2, 1982, 362 ss.; D. PULITANO, *Sullo sciopero della fame di imputati in custodia preventiva*, ivi, 2, 1982, 369 ss. Nelle due riviste sono anche riportate le decisioni più rilevanti assunte dai vari giudici nel corso di quegli anni sul tema.

⁶⁷ V. le varie considerazioni critiche svolte in dottrina e, già all'epoca, nei contributi richiamati alla nota precedente; nonché, nelle fasi successive del dibattito, anche F. DAL CANTO, *Sciopero della fame in carcere*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2009, 906 ss.; M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino 2002, 154 ss.

⁶⁸ Peraltro, una certa difficoltà di tenuta sotto il profilo giuridico delle argomentazioni a possibile giustificazione della legittimità dell'intervento coattivo pare empiricamente ma efficacemente dimostrata dalla circostanza storica che nel 1982 fu presentato in Senato un disegno di legge, il n. 1709, volto a introdurre la doverosità del ricorso all'alimentazione forzata in caso di imminente pericolo di vita dello scioperante, molto criticato in dottrina e poi, in effetti, abbandonato, come ricordato da F. DAL CANTO, *Sciopero della fame in carcere*, cit., 906. Il testo del disegno di legge è riportato in *Questione Giustizia*, 2, 1982, 381 ss.

Oggi, come accennato, il contenuto della legge n. 219/2017 offre comunque utili indicazioni. Innanzitutto, impedisce di dubitare della natura di trattamento sanitario della nutrizione e dell'idratazione artificiale. Ma soprattutto, fornisce un saldo punto di riferimento di diritto positivo rispetto al problema, più delicato, della possibile fase di perdita di coscienza che sopravvenga, impedendo l'ulteriore manifestazione del rifiuto attuale del trattamento. Se già sulla base dei prevalenti orientamenti giurisprudenziali si riteneva per lo più che dovesse valere il dissenso originario, se specifico e riferito ad una condizione già nota del paziente⁶⁹, l'attuale disciplina sulle disposizioni anticipate di trattamento formalizzano le modalità con le quali tale volontà deve essere dichiarata, consentendo a chi intenda proseguire il digiuno fino alle estreme conseguenze, di esprimere in modo valido e vincolante, secondo le forme ivi previste, la propria intenzione di non essere sottoposto alla nutrizione artificiale nemmeno in detta eventualità.

Resta comunque, ovviamente, il dovere dell'amministrazione penitenziaria e del sistema sanitario di offrire ogni necessario supporto medico e psicologico alla persona che intraprenda tale strada e necessità del massimo impegno per evitare che si producano, o comunque per rimuovere, le specifiche condizioni di disagio che normalmente determinano i detenuti a tale forma di protesta.

Quanto, invece, alle condotte suicidarie attive⁷⁰ o gli atti autolesivi violenti, l'ordinamento penitenziario attribuisce al personale dell'amministrazione penitenziaria la possibilità di fare ricorso anche a mezzi di coercizione fisica per garantire l'incolumità delle persone in custodia (art. 41, comma 3)⁷¹.

Si tratta di una previsione che appare lecita, se si considera che tali comportamenti generalmente si collocano al di fuori del tema costituzionalmente rilevante della libertà di cura. Essi, infatti, ricadono piuttosto, secondo le interpretazioni che appaiono preferibili, in uno spazio di "neutralità" costituzionale, che consente differenti opzioni alle fonti legislative, con il vincolo della riserva di legge di cui all'art. 23 Cost.⁷². Anche nella diversa impostazione adottata dalla Corte costituzionale nell'ord. 207/2018 e nella sent. 242/2019 (le due decisioni sul noto caso Cappato), nelle quali si tratta del tema

⁶⁹ Cfr., ad esempio, R. MORAMARCO, *Il problema della sussistenza di un diritto a lasciarsi morire del detenuto. Profili di responsabilità del comandante di reparto e strumenti di prevenzione del disagio*, in *Quaderni ISSP*, 8, *La prevenzione dei suicidi in carcere. Contributi per la conoscenza del fenomeno*, dicembre 2011, 168.

⁷⁰ Si tratta di un concetto che presenta, comunque, alcune difficoltà definitorie, che non è qui possibile approfondire, ma di cui dà conto, tra gli altri, P. BUFFA, *Il suicidio in carcere: diffondere la riflessione per migliorare la prevenzione*, in *Quaderni ISSP*, n. 8, *La prevenzione dei suicidi in carcere*, cit., 5 ss.

⁷¹ Esulano dai limiti del presente lavoro, dedicato ai problemi connessi alla libertà di cura, il cruciale tema della prevenzione dei suicidi in carcere attraverso azioni che si muovano sul piano della qualità del modello detentivo, procedendo non tanto per "sottrazioni di possibilità" (oggetti, indumenti ecc.), ma piuttosto attraverso «addizioni di possibilità, con relazioni, contesti, contatti, vicinanza» (così, efficacemente, M. PALMA, *Note e riflessioni sui suicidi in carcere*, in *Questione Giustizia*, 5 settembre 2022; sul tema, cfr. anche la circolare del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria ivi pubblicata ed emanata nello stesso periodo); nonché gli argomenti connessi al diritto alle cure e alla presa in carico dei soggetti con problemi di salute mentale o altre fragilità specifiche. Come è noto, l'anno in corso ha visto un numero di suicidi in carcere particolarmente elevato; il che rende più che mai urgente proprio l'attuazione di interventi su questi diversi livelli.

⁷² Per questa impostazione cfr. D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, cit., 37 s.; ID., *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte. L'art. 23 Cost. come norma di chiusura*, Milano 2007, 258 ss.; nonché, con specifico riferimento al suicidio, L. PIROZZI, *Appunti per una riflessione sul diritto alla vita nella Costituzione italiana (a partire dall'ord. n. 207/2018 sul "caso Cappato")*, in *Federalismi.it*, 13/2019, 14 ss. (spec. 17 per il puntuale riferimento all'art. 14, comma 3, ord. pen.).

dell'aiuto al suicidio da parte di terzi e si evoca un "diritto alla vita" di più incerta configurazione⁷³, tali atti si muovono comunque di regola su un altro piano rispetto a quello della garanzia della volontarietà dei trattamenti sanitari. Tuttavia, tale conclusione oggi deve fare i conti con l'enucleazione, proprio da parte della giurisprudenza costituzionale appena citata, dei casi particolari di quelle condotte suicidarie attive di soggetti affetti da patologie incurabili, che potrebbero alternativamente lasciarsi morire mediante la rinuncia a trattamenti sanitari necessari alla loro sopravvivenza, che possono considerarsi in qualche modo equivalenti al rifiuto delle cure, ricadendo nella sfera di libertà di cui all'art. 32 Cost. Si tratta di una equiparazione che oblitera ogni differenza tra fattispecie omissive o commissive (destando più di una perplessità)⁷⁴ e che apre molti problemi, ma che comunque emerge innegabilmente dalle pronunce sul caso Cappato. La Corte stessa, come è noto, dopo aver sollecitato invano il legislatore ad assumere la responsabilità di scelte coerenti in materia, ha posto in essere un intervento manipolativo in risposta alla questione che aveva davanti e, trovando come unico punto di riferimento la legge n. 219/2017, si è limitata a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'incriminazione dell'aiuto al suicidio rispetto a una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, peraltro, alle ulteriori condizioni delle verifiche da parte di una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale e del parere del comitato etico competente. Ma le argomentazioni che riconnettono le relative scelte all'autodeterminazione sanitaria sembrano condurre a costruire il suicidio, in tali ipotesi e probabilmente anche in altre analoghe nelle quali il rifiuto delle cure condurrebbe alla morte⁷⁵, come un vero e proprio diritto di libertà (mentre la possibilità di pretendere il c.d. suicidio assistito in Italia passa necessariamente attraverso una disciplina legislativa che continua a mancare⁷⁶). Se è così, laddove l'interessato ponesse autonomamente in essere i propositi suicidari questi non potrebbero essere impediti coattivamente; il che porterebbe a considerare incostituzionale l'art. 41, comma 3, cit. limitatamente a tali ipotesi. Certo, la specificità di casi di questo tipo, riconnessi a patologie talmente gravi da dover essere considerate per definizione incompatibili con la detenzione, rende siffatto ragionamento di scarso rilievo pratico. Tuttavia, essendosi date situazioni in cui, per diverse ragioni, malati terminali hanno finito per restare in condizioni di restrizione fino al sopraggiungere della morte (così è accaduto, in effetti, per alcuni

⁷³ Cfr. ancora L. PIROZZI, *Appunti per una riflessione sul diritto alla vita nella Costituzione italiana*, cit.

⁷⁴ Ritengono tale diversità non trascurabile, ad esempio, C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano d'altri"*, in questa *Rivista*, 3, 2018, 147 ss.; A. D'ALOIA, *In attesa della legge (o del nuovo intervento della Corte Costituzionale) sul suicidio medicalmente assistito*, in *Forum Quad. Cost.*, 30 giugno 2019; L. EUSEBI, *Diritto a vivere, suicidio, eutanasia*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2020, 509 s.

⁷⁵ Si fa riferimento al caso di malati terminali (come quelli oncologici), che potrebbero lasciarsi morire rifiutando le cure, anche se non tenuti in vita mezzo di trattamenti di sostegno vitale, secondo il requisito indicato dalla Corte in relazione alla situazione considerata nel giudizio *a quo*. Non sono mancate, peraltro, in dottrina, voci che hanno prospettato ulteriori estensioni anche a patologie gravi ed irreversibili non (ancora) sottoposti a trattamenti salvavita: cfr., ad esempio, P. VERONESI, *La Corte costituzionale "affina, frena e rilancia": dubbi e conferme nella sentenza sul "caso Cappato"*, in questa *Rivista*, 1, 2020, 12 ss.; C. CASONATO, *La giurisprudenza costituzionale sull'aiuto al suicidio nel prisma del biodiritto, tra conferme e novità*, in questa *Rivista*, 2, 2020, 314 ss.; A. APOSTOLI, *Principi costituzionali e scelte di fine vita*, in questa *Rivista*, 1, 2021, 247 ss.

⁷⁶ Cfr. L. EUSEBI, *Diritto a vivere, suicidio, eutanasia*, cit., 508 ss.; C. TRIPODINA, *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2019, 13 s.

importanti capi mafia come Provenzano e Riina), si deve riconoscere che l'eventualità di atti suicidari connessi alla volontà di porre termine a sofferenze legate a patologie incurabili non possa essere del tutto esclusa. Ma certo, resterebbe senza dubbio molto problematico il profilo delle modalità di accertamento sul sussistere delle condizioni; nonché quello della verifica della capacità di prendere decisioni del soggetto. In ogni caso, resta profondamente avvertita l'esigenza di un intervento legislativo che offra una disciplina di maggiore respiro e coerenza di quella risultante per via pretoria sul c.d. fine vita, sviluppando l'impostazione adottata dal giudice delle leggi anche oltre il profilo specifico ivi rilevante. Ma si tratta, evidentemente, di una materia delicatissima.

6. La libertà di scelta terapeutica e del medico

Resta poi il complesso nodo di un altro aspetto della libertà costituzionale di cura che risulta fortemente sacrificato dalla condizione di detenzione: la libertà di scelta del medico e delle cure, che ha come suoi corollari, per i soggetti non ristretti, la possibilità di selezionare le migliori terapie disponibili, il medico e il luogo di cura. Ciò si traduce, da un lato, nell'opportunità di optare per la sanità pubblica o per quella privata, non incontrando in quest'ultima il limite dell'appropriatezza della prestazione che invece caratterizza la prima⁷⁷; dall'altro, in un certo margine di scelta anche nell'area della sanità pubblica, con la possibilità di decidere il proprio medico di medicina generale (pediatra di libera scelta per i bambini, fino a massimo dodici anni) tra quelli operanti nel distretto sanitario interessato e che non abbiano già raggiunto il limite massimo dei pazienti, e con il possibile ricorso alla mobilità sanitaria (ci si riferisce qui soprattutto a quella sul territorio italiano, con carattere infraregionale o interregionale, ma merita di essere ricordato che oggi è consentita, sia pure con maggiori vincoli, anche nell'ambito dell'Unione Europea⁷⁸), sempre entro alcuni limiti organizzativi come quello riferibile alle strutture individuate dal servizio sanitario⁷⁹. Tale ultima possibilità, peraltro, è a sua volta riconnessa al principio di eguaglianza e garantisce indirettamente, anche sul piano dei diritti sociali connessi alla salute, una maggiore equità nell'accesso al servizio sanitario, consentendo in qualche modo di riequilibrare le

⁷⁷ Sul concetto di appropriatezza, per un quadro d'insieme, cfr. D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, cit., 115 ss.; M. COSULICH-G. GRASSO, *Le prestazioni sanitarie*, in R. BALDUZZI-G. CARPANI (a cura di), *Manuale di Diritto Sanitario*, Bologna, 2013, 349 s. Il tema, come è noto, specialmente sul versante clinico, evoca il complesso problema dei rapporti tra la discrezionalità del legislatore e le scienze mediche o affini, che ha risvolti particolarmente delicati proprio con riferimento alle prestazioni erogabili dal servizio sanitario nazionale. Sull'argomento, senza alcuna pretesa di esaustività, cfr. F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano 2001; M. ANDREIS (a cura di), *La tutela della salute tra tecnica e potere amministrativo*, Milano, 2006; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018; G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura. Scientismo e antiscientismo nella prospettiva costituzionale*, Napoli, 2019; M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020, 303 ss.

⁷⁸ Cfr. la Dir. 2011/24/UE sull'assistenza sanitaria transfrontaliera, recepita in Italia con d.lgs. 4 marzo 2014, n. 38. In tema v. D. MORANA (a cura di), *L'assistenza sanitaria transfrontaliera. Verso un welfare state europeo?*, Napoli, 2018.

⁷⁹ Si tratta di aspetti che si collocano al crocevia tra i vari aspetti del diritto costituzionale alla salute, venendo in rilievo sia il diritto a ricevere cure che discende dal primo comma dell'art. 32 Cost. sia il diritto alla scelta terapeutica come aspetto della libertà garantita dal secondo comma. Anche la giurisprudenza ha riconosciuto tale aspetto del diritto alla salute, sia pure entro alcuni limiti oggettivi relativi alle risorse disponibili: cfr., ad esempio, Corte Cost., sentt. n. 236 del 2012, n. 248 del 2011.

disomogeneità qualitative delle prestazioni che non si riescono a colmare nelle diverse aree geografiche⁸⁰.

Tale aspetto della libertà di cura delle persone detenute appare, come si è accennato, sostanzialmente azzerato. Esse, infatti, sono necessariamente affidate all'articolazione carceraria del sistema sanitario nazionale o, in caso di ricoveri esterni, alle strutture che offrano idonee garanzie di sicurezza individuate dalle autorità competenti senza alcuna possibilità per gli interessati di esprimere le proprie preferenze.

Certamente, la condizione di limitazione della libertà personale e conseguentemente della libertà di circolazione non rende agevole trovare soluzioni. Non può tuttavia farsi a meno di rilevare che si tratta una privazione molto significativa, tale da poter incidere significativamente sullo stesso rapporto di fiducia tra medico e paziente intorno al quale si struttura la stessa libertà con riguardo ai trattamenti, secondo quanto si è sopra ricostruito.

Una parziale possibilità di scelta è recuperata, in effetti, attraverso l'opportunità per i soggetti *in vinculis*, espressamente prevista dall'ordinamento penitenziario all'art. 11, comma 12, di farsi visitare "a proprie spese da un esercente di una professione sanitaria di loro fiducia", previa autorizzazione del giudice o del direttore del carcere (più precisamente, del giudice che procede per gli imputati e dal direttore per gli imputati dopo la decisione di primo grado, per i condannati e gli internati). Con le medesime forme possono essere autorizzati trattamenti medici, chirurgici e terapeutici da effettuarsi, sempre a spese degli interessati, da parte di sanitari e tecnici di fiducia, utilizzando le infermerie o i reparti clinici e chirurgici all'interno degli istituti, in accordo con l'azienda sanitaria competente e nel rispetto delle indicazioni organizzative fornite dalla stessa (v. ancora art. 11, comma 12, ord. pen.).

La giurisprudenza sul punto, invero, fa emergere atteggiamenti piuttosto restrittivi, almeno "in prima battuta", nel rilasciare dette autorizzazioni, perché sono diverse le decisioni nelle quali è la Corte di Cassazione a dover, correttamente, censurare tali approcci proprio sulla base dell'ineccepibile rilievo che la facoltà prevista dalla norma in questione costituisce proiezione del diritto costituzionale alla salute di cui all'art. 32 Cost⁸¹.

Resta, tuttavia, un diritto legato alla possibilità del detenuto di sostenere le relative spese, per cui lascia comunque una certa insoddisfazione dover relegare solo a tale ambito ogni libertà di scelta terapeutica. Occorrerebbe, pertanto, trovare qualche soluzione che recuperi una maggiore eguaglianza e una minima capacità di opzione rispetto ai percorsi diagnostici e di cura, compatibile con la condizione di restrizione, anche per chi non possa permettersi il ricorso alla sanità privata. Si potrebbero, ad esempio, ipotizzare meccanismi che consentano di richiedere visite da parte di un medico operante per il servizio sanitario nazionale diverso da quello interno all'Istituto, a propria scelta, almeno per chi sia in situazione di indigenza.

⁸⁰ Sul tema, cfr. A. PITINO, *La mobilità sanitaria*, in R. BALDUZZI-G. CARPANI (a cura di), *Manuale di Diritto Sanitario*, cit., 363.

⁸¹ Cfr., tra le molte, Cassazione Penale, sez. III, sentenza 14 novembre 2019, n. 49808; Cass. Pen., sez. IV, 23 maggio 2019, 27499 ed altre decisioni ivi richiamate.

7. Brevi note conclusive.

Al termine di queste riflessioni, non si può non riconoscere che anche su questo tema c'è almeno una certezza: perché possano crearsi per i soggetti detenuti le condizioni per il godimento dei diritti costituzionali e, in particolare, per quanto qui di interesse, del diritto alla salute, anche nei suoi profili di libertà, occorre un impegno particolarmente gravoso che è in capo a tutti gli attori del sistema sanitario e del mondo carcerario e che si muove su molteplici piani: da quello normativo-istituzionale, a quello delle risorse impiegate, fino alla capacità e agli sforzi di tutte le persone chiamate ad operare in questi difficili contesti.

Si tratta di una constatazione che può spaventare ma di cui occorre acquisire consapevolezza. È proprio questo, infatti, il cuore dei doveri costituzionali che la Repubblica assume su di sé negli articoli 2 e 3 della Costituzione; e il loro adempimento è irrinunciabile se non si vuole condannare a restare solo sulla carta la giurisprudenza costituzionale sopra richiamata sul “residuo” dei diritti costituzionali che permane in capo ai detenuti.

Se non si dà spazio a questa responsabilità, con riferimento alla sfera qui in esame, non resta che prendere atto che salute e carcere sono due concetti del tutto incompatibili e ammettere che la principale pena, nel nostro sistema, è ancora soprattutto una pena corporale (o comunque generatrice di atroci sofferenze).